PARECER

EXCELENTÍSSIMO SENHOR PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Autos n.º SEI 20.22.0001.0012317.2020-79

Assunto: **Inova/MPRJ. Contratação de serviço a ser prestado por pessoa jurídica para o gerenciamento do primeiro ciclo de desafios do programa de inovação aberta do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (MPRJ), denominado "Impacta"**

PARECER DA ASSESSORIA JURÍDICA

I – RELATÓRIO

O presente procedimento foi instaurado a partir do Ofício Inova n.º 010, de 16 de julho de 2020 (doc. 0186922), em que o Laboratório de Inovação (Inova) encaminha Termo de Referência (doc. 0186926) com vistas à *"**contratação de serviço a ser prestado por pessoa jurídica para o gerenciamento do primeiro ciclo de desafios do programa de inovação aberta do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (MPRJ), denominado Impacta**"*.

O órgão demandante consignou, no ofício inaugural, que *"O Impacta foi desenhado pelo Laboratório com o objetivo direto de buscar parcerias para a construção e implementação de soluções custo-efetivas para desafios do setor público. O programa almeja, além disso, explorar a inteligência coletiva e estimular a construção e o fortalecimento de redes de inovação"* e que *"O desenho do Impacta compreende, ainda, um rigoroso processo de definição, seleção e priorização de desafios relacionados às atividades-fim e meio do MPRJ – compartilhados, quando possível, com outros atores de governo"*.

Anexou o órgão solicitante, através dos documentos n.º 0186930, 0186934, 0186938, 0186940 e 0186947, os resultados obtidos em sua pesquisa de preços.

No documento 0201089, a SGMP informa que devolveu o feito ao Inova, conforme solicitado pelo órgão.

No ofício Inova n.º 015/2020 (doc. 0245546), o órgão apresentou **nova versão do Termo de Referência** (doc. 0245547), a qual *"inclui as retificações e aprimoramentos identificados como necessários pelos órgãos presentes à reunião realizada com a Secretaria Geral. Destacamos, em especial, a justificativa expressa da adoção do Regime Diferenciado de Contratações - RDC (item 4), a reformulação do método de pagamento à contratada (item 16) e o aprimoramento das sanções administrativas (item 17)"*, e, por fim, teceu considerações acerca da prospecção de preços realizada conforme os documentos n.º 0245550, 0245553, 0245554, 0245559 e 0245563.

Manifestação da Exma. Assessora da Secretaria-Geral do Ministério Público (doc. 0245724), com remessa do feito à Assessoria de Controle da Economicidade.

Parecer da ACE acostado, por meio do documento 0271912.

A SGMP, então, no documento 0275919, determinou o encaminhamento do procedimento a esta Assessoria Jurídica, para manifestação, inclusive quanto ao regime de contratação indicado pelo órgão requerente.

É o breve relatório. Passa esta Assessoria Jurídica a se manifestar.

II – FUNDAMENTAÇÃO

Inicialmente, convém registrar que não compete à Assessoria Jurídica o juízo de conveniência e oportunidade acerca da celebração de ajustes objeto destes autos, razão pela qual serão aferidos apenas os aspectos técnico-jurídicos da negociação.

Como afirmado, o presente procedimento administrativo visa a **contratação de serviço a ser prestado por pessoa jurídica para o gerenciamento do primeiro ciclo de desafios do programa de inovação aberta do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (MPRJ), denominado "Impacta***"*.

Aduz o Inova, no ofício inaugural, que *“O Impacta foi desenhado pelo Laboratório com o objetivo direto de buscar parcerias para a construção e implementação de soluções custo-efetivas para desafios do setor público. O programa almeja, além disso, explorar a inteligência coletiva e estimular a construção e o fortalecimento de redes de inovação”, afirmando ademais* que *“O desenho do Impacta compreende, ainda, um rigoroso processo de definição, seleção e priorização de desafios relacionados às atividades-fim e meio do MPRJ – compartilhados, quando possível, com outros atores de governo”.*

No item 4, do Termo de Referência, o órgão demandante assevera que optou pela adoção do Regime Diferenciado de Contratações Públicas, em razão da natureza do serviço a ser prestado.

O Regime Diferenciado de Contratações, como se sabe, é regulamentado pela Lei 12.462/11.

Ao ser criado, o RDC tinha um objetivo bastante específico, ou seja, seria aplicado apenas nas contratações de obras e serviços necessários aos eventos esportivos realizados no Brasil: Copa das Confederações (2013), Copa do Mundo (2014) e Olimpíadas (2016).

Consistiria, então, numa opção de licitação a ser utilizada exclusivamente no caso de tais eventos esportivos, perdendo sua validade após 2016.

O intuito da lei era obter maior eficiência e celeridade nessas contratações (necessárias para a realização dos eventos). Dessa forma, passados os eventos esportivos previstos nos incisos I a III do art. 1º, da Lei 12.462/2011, não seria mais cabível o uso do Regime Diferenciado de Contratações Públicas.

A lei, no entanto, passou a sofrer alterações logo após ser publicada, como se observa pela leitura dos incisos IV a X inseridos no seu art.1º, *que foram acrescentados nos anos de 2012 (incisos IV e V), 2015 (incisos VI a IX) e 2016 (inciso X).*[1]

Tais modificações ampliaram a abrangência de utilização do Regime Diferenciado de Contratações, permitindo seu uso, portanto, mesmo após o fim dos mencionados eventos esportivos.

A leitura da Lei nº 12.462/11 deixa evidente as inovações e as peculiaridades trazidas frente à legislação vigente, que trata de licitações.

As inovações buscam agilizar os procedimentos, com redução da burocracia envolvida, bem como obter a maior vantajosidade possível para a Administração Pública, trazendo maior precisão às propostas, com os custos reais de mercado, transferindo para o particular (que tem maior conhecimento sobre as melhores soluções tecnológicas) a concepção e execução de objetos complexos, além de prever remuneração de acordo com o desempenho do contratado e de proporcionar, para o Poder Público, diversas soluções destinadas à condução do procedimento licitatório.

Por sua vez, a Lei 13.243/16, que instituiu o Marco Legal da Ciência, Tecnologia e Inovação, pretendeu atualizar a legislação brasileira, a fim de impulsionar o crescimento do país. Visando reduzir a burocracia e facilitar as atividades de pesquisa científica e tecnológica, alterou diversas leis, dentre elas a Lei de Licitações (8.666/93) e a Lei do Regime Diferenciado de Contratações – RDC (12.462/11).

Uma das inovações trazidas pela Lei 13.243/16 foi a ampliação da possibilidade de aplicação do Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC às "ações em órgãos e entidades dedicados à ciência, à tecnologia e à inovação".

Assim, diante da indagação acerca do modelo que deverá reger a contratação pretendida, esta Assessoria Jurídica não vislumbra óbice à utilização do Regime Diferenciado de Contratações Públicas, já que devidamente justificada, com lastro nas considerações técnicas do demandante.

Em relação à Lei nº 8.666/93, seu regime contratual será amplamente aplicável às contratações decorrentes da utilização do RDC, por expressa previsão no art. 39 da Lei nº 12.642/11.

A natureza jurídica do INOVA foi objeto de análise pela Assessoria Jurídica no parecer produzido no processo MPRJ 2019.01259106, ocasião em que se concluiu pela impossibilidade de seu enquadramento como Instituição Científica, Tecnológica e de Inovação (ICT), na forma do art.2º, V, da Lei nº 10.973/2004 (incluído pela Lei 13.243/2016).

Note-se que a mesma Lei n. 13.243/2016 foi responsável pela inclusão do inciso X ao artigo 1º da Lei 12.462/2011, estendendo a possibilidade de utilização do Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC) às licitações e contratos necessários *"à realização das ações em órgãos e entidades dedicados à ciência, à tecnologia e à inovação".*

Por princípio basilar de hermenêutica, a opção do legislador por utilizar, em ambas as situações, terminologias diversas constitui distinção relevante e suficiente a privilegiar entendimento de que o recurso ao Regime Diferenciado de Contratações Públicas não se restringe às Instituições Científicas, Tecnológicas e de Inovação.

Por outro lado, apesar dos variados posicionamentos doutrinários acerca do conceito de órgão público, questão especificamente suscitada na reunião de apresentação do Termo de Referência, o texto legal, ao eleger contemplar "órgãos e entidades", perfilha entendimento que distingue ambos pela

existência ou não de personalidade jurídica.

Nessa linha de raciocínio, relevante observar que a Resolução GPGJ nº 2.292/2019, em seu art.1º, dispõe que o Laboratório de Inovação do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (Inova/MPRJ) é **órgão integrante da Subprocuradoria-Geral de Justiça de Planejamento Institucional**, que já era composta, conforme art.5º da Resolução 2.273/2019, pelos seguintes órgãos: (I) Assessoria de Planejamento Estratégico e Modernização Organizacional, (II) Núcleo de Articulação e Integração e (III) Centros de Apoio Operacional.

Conclui-se, portanto, que a contratação pretendida admite a utilização do Regime Diferenciado de Contratações, com lastro no artigo 1º, X da Lei 12.462/2011, sistemática que convive em harmonia com a anterior, prevista na Lei n. 8.666/93, cabendo à autoridade administrativa, a partir das especificidades técnicas expostas no Termo de Referência, justificar a opção pelo modelo que se apresentar mais adequado ou vantajoso.

Importante repisar, portanto, que *a adoção do regime diferenciado* (Lei nº 12.462/11) é opcional e, quando utilizado, deve constar de maneira expressa e justificada no instrumento convocatório do certame.

No presente caso, o órgão demandante *justificou a adoção do Regime Diferenciado de Contratações no item 4 do Termo de Referência* (doc. 0245547), consignando que "o processo de seleção se insere na hipótese prevista no art. 1º, inciso X, da Lei n. 12.462, de 04 de agosto de 2011" e que "o dispositivo materializa a finalidade de incentivo à inovação tecnológica a qual o RDC se destina", sendo "adequado, portanto, ao objeto da presente contratação." Afirmou, também, que "a adoção do RDC permitirá a maximização da competitividade no processo de seleção" e que a "modalidade permite que a concorrência ocorra de forma inteiramente eletrônica, sendo mais atrativo para interessados de todos os estados do Brasil."

O Inova esclareceu, ainda, na parte final do citado item 4, que "A seleção será realizada pelo **critério de julgamento das propostas** com base na **combinação dos critérios técnica e preço**, nos termos dos arts. 18, inciso II, e 20, *caput*, e § 1º, inciso II, da Lei n. 12.462, que preveem o uso desse critério para contratações cujo objeto seja de natureza predominantemente intelectual e de inovação tecnológica ou técnica – caso do Impacta." (g. n.)

Ressalte-se que o processo de seleção foi explicitado nos itens 9, 10 (habilitação) e 11 (julgamento das propostas) do TR, e no seu Anexo II (método de avaliação).

O item 9 estabelece que a contratada será selecionada por processo licitatório eletrônico, na forma do art.13 e parágrafo único da Lei 12.462/11, sendo o processo de seleção dividido em duas etapas: habilitação, etapa eliminatória descrita neste item 10, e julgamento das propostas, etapa eliminatória e classificatória, descrita no item 11.

O subitem 9.3 do TR, por sua vez, reafirma que “A seleção será julgada e processada pelo critério de combinação de melhor técnica e preço, realizada por meio de procedimento descrito no item 10 e no Anexo II deste Termo de Referência (Método de Avaliação).”

Vale mencionar, ademais, que em seu parecer (doc.0271912), a ACE asseverou que “constam a justificativa da demanda nos itens 2 e 3; da escolha da contratação e do critério de julgamento das propostas no item 4, este último tópico bastante detalhado nos itens 11 e 12; e a caracterização do objeto nos itens 6, 7 e 8”, tendo o órgão destacado ainda “que o método de avaliação das propostas, no que concerne ao critério de julgamento estabelecido na proporção de 70% (setenta por cento) para técnica e de 30% (trinta por cento) para o preço, fora explanado, minuciosamente, no item 12.”

Destaque-se que, no que tange à economicidade, a Assessoria de Controle da Economicidade não vislumbrou óbices à presente contratação, tendo estipulado os paradigmas do futuro certame, conforme parecer acostado (documento 0271912).

Por outro lado, verifica-se que o órgão demandante, embora tenha previsto expressamente no Termo de Referência que a fase de habilitação será anterior à fase de julgamento das propostas (item 10.4)[2], **não o fez mediante ato motivado**, como determina o parágrafo único do art.12 da Lei 12.462/11.

Importante notar, inicialmente, que conforme *sistemática concebida pela Lei 8.666/93, a Administração Pública apenas procederá ao exame das propostas apresentadas pelos licitantes após a verificação de sua habilitação*, fase esta que consiste na apuração da idoneidade e capacitação dos interessados em contratar com a Administração, *antecedendo, portanto, o efetivo julgamento das propostas*.

O regramento instituído pelo Regime Diferenciado de Contratações Públicas **altera essa sistemática**. **Uma das importantes inovações da Lei 12.462/11 reside precisamente na inversão de ordem das fases de habilitação e julgamento**. O art.12 da lei estabelece a ordem a ser seguida pelas fases do procedimento licitatório, **determinando expressamente que a fase de julgamento das propostas preceda a fase de habilitação**. É essa a ordem das fases do procedimento, de acordo com a Lei 12.462/11 (julgamento das propostas anterior a fase de habilitação).

Essa inversão das etapas de habilitação e julgamento das propostas, para os procedimentos licitatórios desenvolvidos em conformidade com a **Lei 12.462/11, <u>é, portanto</u>, <u>a regra geral</u>**. Trata-se de norma impositiva do RDC, e não uma faculdade da Administração.

Dessa forma, a Administração somente poderá afastar esse rito especial (com inversão de fases) caso tal previsão esteja expressamente contida no instrumento convocatório **e desde que demonstre, mediante ato fundamentado, a inadequação da sistemática do RDC ao caso concreto, na forma do parágrafo único do art.12 da lei em comento**.[3]

Neste sentido é o entendimento da Doutrina especializada.[4] [5]

Vale consignar, por oportuno, que o Min. Benjamin Zymler (TCU), em palestra sobre "As principais interpretações dos Tribunais de Contas sobre o Regime Diferenciado de Contratação – RDC" (no tópico 4.2, referente ao "Aumento da Discricionariedade Administrativa"), assim se pronunciou, *verbis* -

> *"O novo regime incluiu 'um arsenal de mecanismos para melhor dotar os gestores de instrumentos para contratações que mais atendam o interesse público. ... Nessa miríade de possibilidades, entretanto, com incremento na discricionariedade aos gestores, o contraponto é um maior dever motivador. Com mais caminhos, aumenta-se a necessidade de transparência quanto à escolha da trilha mais adequada a ser seguida.' (voto condutor do Acórdão 306/2013 – Plenário)."* [6]

Noutro giro, no que toca ao item 9.4 do Termo de Referência[7], importante ressaltar que **o afastamento da regra** que confere **tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte** deve, igualmente, **ser motivado**, cabendo ao órgão técnico expor os fundamentos pelos quais entende inaplicável o disposto nos arts.47 e 48 da Lei Complementar 123/06, configurando uma das exceções previstas no art.49, III do mesmo Diploma.

Como já delineado em caso semelhante (nos autos nº 2015.01143322), procura-se saber, portanto, se o caso amolda-se **a hipótese excepcional de afastamento do regime de proteção qualificada às microempresas e empresas de pequeno porte quando** "não for vantajoso para a administração pública *ou* representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado", ampliando-se, assim, a competição.

Cabe destacar que, não se observa nos autos, ou no item 9.4 do Termo de Referência, justificativa inidônea a fundamentar de que maneira o tratamento diferenciado e simplificado para microempresas e empresas de pequeno porte, no presente procedimento licitatório, representaria prejuízo ao conjunto ou ao complexo do objeto a ser contratado, ou, ainda, não se mostraria vantajoso par a Administração.

III – CONCLUSÃO

Por todo o exposto, considerando as justificativas apresentadas pelo Inova, com lastro em considerações técnicas, **esta Assessoria Jurídica não vislumbra óbice à utilização do Regime Diferenciado de Contratações Públicas, previsto na Lei 12.462/11**, para a contratação indicada, **ressaltando a necessidade** de que o órgão técnico solicitante: **(i)** demonstre, mediante ato fundamentado, a inadequação da sistemática do RDC ao caso concreto, na forma do parágrafo único do art.12 da lei em comento, de modo a autorizar o afastamento da regra geral (o rito especial) prevista no *caput* do mesmo artigo; e **(ii)** apresente motivação expressa e idônea a respeito dos fatos que justifiquem o afastamento da regra legal geral inscrita nos arts. 47 e 48, da LC n. 123/06, configurando uma das hipóteses excepcionais previstas no art.49, III, da lei citada.

É como se manifesta, *sub censura*.

Rio de Janeiro, 24 de setembro de 2020.

Cristhiane Barradas Zeitone Promotora de Justiça Assessora Jurídica	**Eduardo Monteiro Vieira** Promotor de Justiça Assessor Jurídico

[1] Art. 1º É instituído o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), aplicável exclusivamente às licitações e contratos necessários à realização:

I - dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, constantes da Carteira de Projetos Olímpicos a ser definida pela Autoridade Pública Olímpica (APO); e

II - da Copa das Confederações da Federação Internacional de Futebol Associação - Fifa 2013 e da Copa do Mundo Fifa 2014, definidos pelo Grupo Executivo - Gecopa 2014 do Comitê Gestor instituído para definir, aprovar e supervisionar as ações previstas no Plano Estratégico das Ações do Governo Brasileiro para a realização da Copa do Mundo Fifa 2014 - CGCOPA 2014, restringindo-se, no caso de obras públicas, às constantes da matriz de responsabilidades celebrada entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios;

III - de obras de infraestrutura e de contratação de serviços para os aeroportos das capitais dos Estados da Federação distantes até 350 km (trezentos e cinquenta quilômetros) das cidades sedes dos mundiais referidos nos incisos I e II.

IV - das ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) **(Incluído pela Lei nº 12.688, de 2012)**

V - das obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS. **(Incluído pela Lei nº 12.745, de 2012)**

~~**VI - das obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma de estabelecimentos penais e unidades de atendimento socioeducativo.**~~ ~~**(Incluído pela Medida Provisória nº 630, de 2013)**~~

~~**VI - das obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma de estabelecimentos penais e unidades de atendimento socioeducativo. (Incluído pela Lei nº 12.980, de 2014)**~~

~~**VI - das obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma de estabelecimentos penais e unidades de atendimento socioeducativo; e (Redação dada pela Medida Provisória nº 678, de 2015)**~~

~~**VII - ações no âmbito da Segurança Pública. (Incluído pela Medida Provisória nº 678, de 2015)**~~

VI - das obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma e administração de estabelecimentos penais e de unidades de atendimento socioeducativo; (Incluído pela Lei nº 13.190, de 2015)

VII - das ações no âmbito da segurança pública; (Incluído pela Lei nº 13.190, de 2015)

VIII - das obras e serviços de engenharia, relacionadas a melhorias na mobilidade urbana ou ampliação de infraestrutura logística; e (Incluído pela Lei nº 13.190, de 2015)

IX - dos contratos a que se refere o art. 47-A. (Incluído pela Lei nº 13.190, de 2015)

X - das ações em órgãos e entidades dedicados à ciência, à tecnologia e à inovação. (Incluído pela Lei nº 13.243, de 2016) (grifo nosso)

[2] 10.4. Será realizada a inversão das fases da habilitação dos licitantes (primeira etapa) e do julgamento das propostas (segunda etapa) nos termos dos arts.12 e 14, inciso III, da Lei n. 12.462, de 04 de agosto de 2011.

[3] **Art. 12**. O procedimento de licitação de que trata esta Lei **observará as seguintes fases, nesta ordem**:

I - preparatória;

II - publicação do instrumento convocatório;

III - apresentação de propostas ou lances;

IV - julgamento;

V - habilitação;

VI - recursal; e

VII - encerramento.

Parágrafo único. A fase de que trata o inciso V do caput deste artigo **poderá**, **mediante ato motivado**, anteceder as referidas nos incisos III e IV do caput deste artigo, desde que expressamente previsto no instrumento convocatório. (g. n.)

[4] https://www.justen.com.br/pdfs/IE55/IE55-Monica.pdf ("A inversão de fases e as alterações na fase de habilitação no regime diferenciado de contratação – Lei 12.462/11")

[5] https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/54887/o-regime-diferenciado-de-contrataes-e-a-busca-da-eficincia-nas-contrataes-pblicas ("O regime diferenciado de contratações e a busca da eficiência nas contratações públicas")

[6] https://www.negociospublicos.com.br/rdc/downloads/Tribunais_de_Contas_e_RDC.pdf

Na ocasião, ainda tratando do tema referente ao "aumento da discricionariedade administrativa" (tópico 4.2 do texto), o palestrante registrou: *"Trata-se de uma das maiores homenagens à discricionariedade do gestor público. Contudo, para aplicar o RDC e para que ele seja uma boa norma, o gestor público deve, hoje, estar muito mais qualificado que no passado, pois deverá realizar opções que nunca fez. Para isso, terá que fazer análises técnicas, análises de razoabilidade, fundamentar e insculpir no processo a sua motivação."*

[7] Item 9.4. Não será concedido o tratamento diferenciado a que alude o art. 47 da Lei Complementar n. 123, de 14 de dezembro de 2006, por força do disposto no art. 49, inciso III, da mesma Lei.

Documento assinado eletronicamente por **CRISTHIANE BARRADAS ZEITONE**, **Assessor Jurídico**, em 25/09/2020, às 18:11, conforme art. 1º, III, "b", da Lei 11.419/2006.

Documento assinado eletronicamente por **EDUARDO MONTEIRO VIEIRA**, **Assessor Jurídico**, em 25/09/2020, às 18:21, conforme art. 1º, III, "b", da Lei 11.419/2006.

A autenticidade do documento pode ser conferida no site https://sei.mprj.mp.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0 informando o código verificador **0287011** e o código CRC **8B34E651**.

20.22.0001.0012317.2020-79 0287011v10